

# De semipublieke sector in de Wet Normering Topinkomens: inzichten voor het algemeen bestuursrecht

NTB 2018/59

## 1. Inleiding

Sinds 2013 geldt in Nederland de Wet normering topinkomens (WNT), die vergaande maatregelen bevat om (excesieve) topinkomens van bestuurders en toezichthouders in de (semi)publieke sector te beperken.<sup>2</sup> Deze wet heeft een veelomvattende reikwijdte: niet alleen organisaties die deel uitmaken van de publieke sector vallen eronder, maar ook een brede en gevarieerde semipublieke sector. Meer dan 6.000 zeer verschillende privaatrechtelijke organisaties krijgen onder de WNT het stempel 'semipubliek' en moeten dus aan de topinkomensnormering voldoen, waaronder instellingen voor zorg, onderwijs, media, drinkwater en meer.<sup>3</sup> Door deze grote reikwijdte is de WNT voor het bestuursrecht een waardevolle casus.

Het loont de moeite om de semipublieke sector van de WNT in grote lijnen te vergelijken met de reikwijdte van het b-bestuursorgaanbegrip van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze vergelijking biedt in de eerste plaats de mogelijkheid om de WNT een plaats te geven in het actuele debat over de toepasselijkheid van bestuursrechtelijke normen op private actoren.<sup>4</sup> Verder biedt de brede reikwijdte van de semipublieke sector in de WNT een mogelijkheid om op de bestuursrechtelijke normering van privaatrechtelijke organisaties te reflecteren, zonder dat daarbij direct allerlei rechtsbeschermingsvraagstukken hoeven te worden betrokken (zoals bij het b-bestuursorgaanbegrip welhaast onvermijdelijk is), terwijl de criteria die de reikwijdte van de semipublieke sector in de WNT bepalen wel sterk lijken op de criteria van openbaar gezag, publiek geld, de publieke taak en (overwegende) overheidsinvloed die wij kennen uit het debat over het b-bestuursorgaanbegrip. De focus van de discussie over het overheidsbegrip kan in WNT-verband dus liggen op de normeringsvraag.

Voor wie denkt dat een vergelijking tussen de WNT en de Awb 'appels met peren vergelijken is' moet hier direct worden opgemerkt dat het één op één vergelijken van het overheidsbegrip van deze twee verschillende wetten inderdaad geen recht doet aan de complexe en gevarieerde realiteit. Dat neemt niet weg dat een vergelijking tussen deze twee overheidsbegrippen een interessant perspectief biedt voor het bestuursrecht als geheel. De onderzoeksvraag van dit artikel is dan ook: *Welke relevante inzichten biedt de afbakening van de semipublieke sector in de WNT voor het debat over de reikwijdte van bestuursrechtelijke normen, en in het bijzonder die van de Awb?* Zo is het bepaald opvallend dat de WNT zoveel en steeds meer private organisaties normeert, terwijl de Awb sinds de aanscherping in de jurisprudentie van het (buitenwettelijk) b-bestuursorgaanbegrip<sup>5</sup> juist op minder private organisaties van toepassing is. Is dit contrast in reikwijdte eenvoudig te verklaren door verschillende contexten en functies van de WNT en Awb of is er meer aan de hand? Een vergelijking maakt het mogelijk meer zicht te krijgen op de coherentie van het overheidsbegrip zoals wordt afgebakend door de Nederlandse wetgever en verder ingevuld door de rechter.

Voordat ik aan die analyse toekom zal ik in paragraaf 2 eerst kort ingaan op het debat over de reikwijdtes van bestuursrechtelijke wetten, gevolgd door een bespreking van de WNT en het daarin gehanteerde begrip 'semipublieke sector' in paragraaf 3. In paragraaf 4 passeren de verschillende criteria om te bepalen of organisaties behoren tot de semipublieke sector, te weten publieke financiering, openbaar gezag, de publieke taak en (overwegende) overheidsinvloed de revue. In paragraaf 5 wordt bezien in hoeverre de context en functie van de WNT het contrast tussen de reikwijdtes van de WNT en de Awb verklaren. Dit alles leidt tot een concluderende paragraaf waarin ik lessen voor het algemeen bestuursrecht trek en een verdere doordenking van het overheidsbegrip bepleit.

## 2. Het normeren van private organisaties in het bestuursrecht

In algemeen bestuursrechtelijke wetten, zoals de Algemene wet bestuursrecht en de Wet openbaarheid van bestuur, erkent de wetgever dat private organisaties (met een private rechtsvorm) onder omstandigheden ook aan publieke normen gebonden moeten zijn. Dat is niet vanzelfsprekend. Het publiekrecht en in het bijzonder het bestuursrecht is primair gericht op het normeren van de overheid, die een bijzondere

1 Mr. N.H. (Heleen) van Amerongen is promovenda bij de Afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Dit artikel is gebaseerd op de scriptie die zij schreef voor de master Staats- en bestuursrecht van Universiteit Leiden.

2 Voluit: de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Stb. 2012, 583).

3 *Evaluatie van de Wet normering topinkomens (WNT). Deelonderzoek naar de uitvoering, toezicht op naleving en handhaving van de WNT* (in opdracht van het ministerie van BZK), Kwink 2015, p. 11.

4 Bijvoorbeeld recent: S.E. Zijlstra, 'De toekomst van het bestuursrecht: ontstatelijking?', *NTB* 2018/54; N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders', *NTB* 2018/49; F.J. van Ommeren, 'Toegelaten of erkende maatschappelijke instellingen', *NTB* 2018/48; L. van den Berge, 'Gouvernementaliteit en rechtsbescherming. Groninger gas, sociaal domein en de ongreepbare overheid', *NJB* 2018/820; W. den Ouden, 'Toetsingsmaatstaven voor geschillen bij integrale besluitvorming: het perspectief van de private partij', *NTB* 2018/10.

5 Zie ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394.

positie inneemt in het recht.<sup>6</sup> De vraag naar de reikwijdte van bestuursrechtelijke wetten is dus nauw verbonden met de vraag wie 'de overheid' is. In Nederland bestaat de overheid niet alleen uit organisaties met een publiekrechtelijke grondslag, maar onder omstandigheden ook uit privaatrechtelijke organisaties.<sup>7</sup> Welke omstandigheden ertoe leiden dat een private organisatie aan publieke normen gebonden is, hangt af van de in een wet gekozen reikwijdte. Elke algemeen bestuursrechtelijke wet hanteert een eigen afbakening met een eigen set afbakeningscriteria. Dit levert een gedifferentieerd, niet-eenduidig overheidsbegrip op. Het Nederlandse overheidsbegrip en het onderscheid tussen privaatrecht en bestuursrecht wordt zodoende wel gekarakteriseerd als multifunctioneel en contextafhankelijk: de afbakening hangt af van het oogmerk waarmee de wet wordt afgebakend en de juridische omgeving waarin een wet zich bevindt.<sup>8</sup>

Daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag wanneer private organisaties aan publieke normen gebonden zouden moeten zijn. Wanneer is een private organisatie nu zodanig publiek dat toepassing van publieke normen wenselijk is? Het bestuursrechtelijke debat over deze vraag richt zich al snel op het b-bestuursorgaanbegrip in de Awb, dat bepaalt of de Awb-normen én de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn.<sup>9</sup> Deze focus is begrijpelijk gezien het doel van de Awb om het algemeen bestuursrecht te harmoniseren en systematiseren en om een algemeen bestuursrechtelijk kader te bieden.<sup>10</sup> Voor het overheidsbegrip in het bestuursrecht is het dus logisch om eerst naar de Awb te kijken. Een complicerende factor is echter dat het b-bestuursorgaanbegrip niet slechts een kernbegrip is voor de vraag of een private organisatie door de Awb wordt genormeerd, maar ook één van de kernbegrippen voor de vraag of de burger rechtsbescherming bij de bestuursrechter kan krijgen tegen handelingen van deze private organisatie.<sup>11</sup> Juist deze laatste vraag voert de boventoon bij de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip en heeft ervoor gezorgd dat in 2014 de afbakening van het (buitenwettelijk) b-bestuursorgaanbegrip door de Afdeling bestuursrecht-

spraak is aangescherpt.<sup>12</sup> De Afdeling – en later ook de Centrale Raad van Beroep<sup>13</sup> – is daarmee tegemoetgekomen aan de roep om verduidelijking uit de rechtspraak, wat tot gevolg heeft dat private organisaties minder snel aan de normen uit de Awb zijn gebonden. Zij heeft daarbij de keerzijde op de koop toe genomen: door de aanscherping kan de kwalificatie van een b-bestuursorgaan gemakkelijk worden voorkomen.<sup>14</sup> Kort gezegd is de reikwijdte van de Awb voor private actoren versmald. Hierna zal blijken dat bij het overheidsbegrip van de WNT juist een tegenovergestelde beweging zichtbaar is.

### 3. De WNT in vogelvlucht

#### 3.1 In de ban van beloningsbeperking

Al jaren zijn beloningen en vertrekvergoedingen bij organisaties als woningcorporaties, media-instellingen, zorginstellingen een terugkerend, gevoelig onderwerp in het maatschappelijke en politieke debat. Er bestaat een brede consensus over het doel dát topinkomens in de publieke en semipublieke sector aan banden moeten worden gelegd.<sup>15</sup> Organisaties die een publieke taak hebben en met publiek geld worden bekostigd behoren hun bestuurders 'ordentelijk' te betalen: evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant.<sup>16</sup> Publiek geld moet worden besteed aan de publieke taak zelf, niet aan torenhoge salarissen en vertrekvergoedingen van bestuurders, zo is de wijdverbreide opinie.<sup>17</sup> Het beperken van die salarissen en vertrekvergoedingen zou daarom moeten bijdragen aan een doelmatige besteding van publieke middelen.

Deze gedachte heeft geleid tot een ingrijpende en complexe maatregel van topinkomensbeperking in de WNT. De WNT is vormgegeven als een uniform stelsel dat is onderverdeeld in drie afzonderlijke regimes met normen van verschillende zwaarte.<sup>18</sup> Dit systeem is in het leven geroepen vanuit de gedachte dat een strikter regime behoort te gelden naarmate een sector of organisatie een meer publiek karakter heeft.<sup>19</sup> Hier beperk ik mij tot het eerste, belangrijkste en meest

6 N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. VU Amsterdam 2014), Den Haag: Bju 2014, p. 27; S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur? (VAR-preadvies)*, Den Haag: Bju 2008, p. 7-94, p. 65 en J.A.F. Peters, 'De dubbele moraal in het publiekrecht', *NTB* 2018/47.

7 Gebruik van privaatrechtelijke rechtsvormen door de overheid wordt door o.a. Zijlstra bekritiseerd: Zijlstra 2008, p. 9-10.

8 G.T.J.M. Jurgens & F.J. van Ommeren, 'The public-private divide in English and Dutch law: a multifunctional and context-dependant divide', *Cambridge Law Journal* 2012/71, afl. 1, p. 172-199; F.J. van Ommeren, 'Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht: multifunctioneel en contextafhankelijk. De betekenis van het publieke taakcriterium', *NTB* 2014/30 (p. 248-252); Jak 2014, p. 372-378.

9 De civiele rechter toetst alleen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het gaat om bestuursorganen, zie HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (*RZG/Conformed*), *AB* 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren.

10 *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 4-8.

11 Als onderdeel van het besluitbegrip.

12 Concl. Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260; ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio), *AB* 2015/129, m.nt. J.A.F. Peters, *JB* 2014/202, m.nt. L.J.M. Timmermans, *JG* 2014/63, m.nt. A.A. al Khatib & T. Barkhuysen, *AB Klassiek* 2016/42, m.nt. J.A.F. Peters en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (Stichting Platform31), *AB* 2015/130, m.nt. J.A.F. Peters, *JB* 2014/203 m.nt. L.J.M. Timmermans.

13 CRvB 15 augustus 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2554.

14 W. den Ouden & N.H. van Amerongen, 'Het bestuursorgaan-begrip voorbij?', in: H.G. Lubberdink e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 137-152, p. 143-147.

15 Deze consensus bleek zowel uit het parlementaire debat als uit berichtgeving, zie L.D. Melenhorst, *Media and lawmaking. Exploring the media's role in legislative processes* (diss. Leiden), 2017, p. 60-62.

16 Aldus de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 6.

17 T.J. Dekker, 'Het debat over topinkomens mist echte argumenten', *trouw.nl* 4 februari 2013 en T.J. Dekker, *Paying Our High Public Officials: Evaluating the Political Justifications of Top Wages in the Public Sector*, New York: Routledge 2013.

18 Zie 1.2 tot 1.5 WNT.

19 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 9.

zwarte regime.<sup>20</sup> In grote lijnen betekent de WNT dat paal en perk wordt gesteld aan excessieve inkomens in de publieke en semipublieke sector door organisaties te verbieden om bezoldigingen en ontslagvergoedingen af te spreken boven bepaalde absolute maxima. Het bezoldigingsmaximum is gekoppeld aan 100% van het ministersalaris per jaar, dat voor 2018 op € 187.000 is vastgesteld.<sup>21</sup> De ontslagvergoeding heeft een bedrag van € 75.000 als maximum. Overschrijding van deze maxima heeft tot gevolg dat gemaakte afspraken nietig zijn en van rechtswege worden gewijzigd in afspraken die met de wet in overeenstemming zijn.<sup>22</sup> Te veel betaalde beloningen moet de werkgever als onverschuldigd betaald terugvorderen. Als de werkgever dit nalaat, kan de verantwoordelijke minister tot handhaving overgaan en in het uiterste geval zelf het teveel betaalde op-eisen. In dat geval belandt het onverschuldigd betaalde bedrag in de staatskas.<sup>23</sup>

Naast bezoldigingsmaxima bevat de wet ook publicatieverplichtingen, die overigens sterk lijken op de verplichtingen uit de eerdere Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt).<sup>24</sup> Een aantal gegevens van iedere topfunctionaris en van andere functionarissen waarvan de bezoldiging boven het bezoldigingsmaximum uitstijgt, moet worden vastgelegd in een gedetailleerd financieel verslagleggingsdocument en gecontroleerd door een accountant.<sup>25</sup>

Het is positief dat een in de samenleving breed gedragen idee een daadkrachtig en doeltreffend<sup>26</sup> vervolg heeft gekregen.<sup>27</sup> De uitwerking van dit idee is alleen verre van simpel. De WNT is complex door zowel het wettelijk systeem zelf<sup>28</sup> als ook het overgangsrecht<sup>29</sup> en de vele uitbreidingen en wijzigingen<sup>30</sup> sinds de inwerkingtreding in 2013. Hier blijft het wellicht niet bij. Momenteel normeert de wet alleen nog

de beloningen en ontslagvergoedingen van 'topfunctionarissen', waarmee kortweg de hoogst leidinggevende in de organisatie wordt bedoeld.<sup>31</sup> Er is een wetsvoorstel (WNT-3) aanhangig om de reikwijdte van de WNT-normen uit te breiden tot alle werknemers.<sup>32</sup> Hoewel deze aanzienlijke uitbreiding (nog) toekomstmuziek is, maken dergelijke plannen wel duidelijk dat er een sterke politieke wil is om daadkrachtig op te treden door topinkomens zo breed mogelijk aan te pakken en ontwijking te voorkomen.<sup>33</sup> Dat is ook te zien aan de praktijk waarin zowel op nationaal als lokaal niveau het subsidierecht is ingezet om de WNT-normen op te leggen aan meer organisaties dan aangewezen in de WNT of om strengere normen dan de WNT-normen te stellen, iets wat de bestuursrechter overigens niet heeft toegestaan.<sup>34</sup>

### 3.2 De semipublieke sector in de WNT: criteria, bijlagen en vangnetbepalingen

De WNT-wetgever heeft sterk geworsteld met de vraag hoe de reikwijdte van de WNT kon worden bepaald.<sup>35</sup> Logischerwijs is in ieder geval de overheid in enge zin gebonden aan deze publieke normen. Deze bestaat uit alle lichamen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Enkele uitzonderingen daar gelaten vormen deze lichamen in de WNT 'de publieke sector'.<sup>36</sup> Ook bepaalde privaatrechtelijke organisaties moeten aan de normen voldoen: deze organisaties zijn in de WNT aangemerkt als 'de semipublieke sector'. Private organisaties binden aan ingrijpende bestuursrechtelijke normen en daarmee ingrijpen op (private) topinkomens<sup>37</sup> vraagt om een duidelijke wettelijke grondslag die afbakt welke organisaties wel en welke niet door de WNT worden genormeerd.

Welke omstandigheden maken een privaatrechtelijke organisatie nu zodanig (semi)publiek dat topinkomensnormering is gerechtvaardigd? De commissie Dijkstal<sup>38</sup> gaf over

20 Hieronder vallen veruit de meeste organisaties. Het tweede regime, waar alleen een sectorale norm voor geldt, heeft betrekking op zorgverzekeraars en wlz-uitvoerders. Het derde regime, waar enkel een openbaarmakingsverplichting geldt, heeft alleen betrekking op het loodswezen.

21 *Stcrt.* 2017, 51696.

22 Artikel 1.6 WNT.

23 Artikel 5.4 en 5.5 WNT.

24 De normering uit de Wopt (Wopt; *Stb.* 2006, 95 en 96) is overgenomen, maar geldt nu wel voor een aanzienlijk groter aantal privaatrechtelijke organisaties.

25 Artikel 1.7, 4.1 en 4.2 WNT.

26 Uit de eerste evaluaties was af te leiden dat de topinkomens zakken tot het WNT-maximum. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 32600, O, p. 1.

27 Zie ook J.M. van Slooten, 'Excessieve loonbestrijding: heiligt het doel de middelen?', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013, afl. 2, p. 41-42.

28 Er zijn bijvoorbeeld mogelijkheden om binnen een regime klasseindelingen en uitzonderingen te maken (artikel 2.5, 2.6 en 3.4 WNT) en de wet levert soms samenloop op met andere wettelijke regelingen (zoals rondom de ontslagvergoedingen, zie M. van Winden-Spaans, 'Samenloop WNT en WWZ: licht in de duisternis?', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016, afl. 4, p. 135-140 en M. Benbrahim, 'Samenloop van vergoedingsregels in de WWZ, de WNT en de Wft', *ArbeidsRecht* 2016/6, afl. 2 (p. 3-7)).

29 Artikel 7.3 WNT.

30 Bijvoorbeeld de Aanpassingswet WNT (*Stb.* 2014, 235); de Reparatiwet WNT (*Stb.* 2014, 446); de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT (WNT-2; *Stb.* 2014, 588) en de Evaluatiwet WNT (*Stb.* 2017, 151). Ook krijgen de WNT-regels bij algemene maatregel van bestuur, bij ministeriële regelingen, in beleidsregels en via allerlei hulpmiddelen (op topinkomens.nl) nadere invulling, die eveneens vaak wijzigen.

31 Zie artikel 1.1, sub b, WNT en *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 36-37.

32 Kabinet Rutte-III heeft na een zeer kritisch advies van de Afdeling advisering van de RvS besloten het wetsvoorstel niet in te dienen (*Kamerstukken II* 2017/18, 30111, 104). Tweede Kamerlid Öztürk heeft vervolgens WNT-3 als initiatiefwetsvoorstel ingediend (*Kamerstukken II* 2017/18, 34818, 1-3).

33 Wat ook blijkt uit: *Kamerstukken II* 2017/18, 30111, 106; *Evaluatie van de Wet Normering Topinkomens. Eindrapport wetsevaluatie WNT 2013-2015*, Den Haag: Ministerie BZK 2015, p. 27-28 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34366, 2, p. 5 en 6.

34 Zie ter illustratie de uitspraken die Den Ouden annoteerde in AB: ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2348, AB 2014/326; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3563, AB 2016/31; ABRvS 4 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1177, AB 2016/285; ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1774, AB 2017/248; ABRvS 18 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2768, AB 2017/422. Ook via aanbestedingen is het geprobeerde, zie Commissie van Aanbestedingsexperts 28 juli 2017, advies 415, JAAN 2018/27.

35 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 4-5 onder verwijzing naar een adviesrapport van de Commissie Dijkstal (de bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 28479, 32 (Advies 'normeren en waarderen')).

36 Zie artikel 1.2 WNT en *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 15 en 38.

37 De WNT is daarmee een uitzondering op de contractsvrijheid tussen werkgever en werknemer en op het primaat voor loonvorming bij de sociale partners door coa-afspraken. Zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 1 en 9; F.B.J. Grapperhaus, 'De decivilisering van de beloning van beleidsbepalers', *TRA* 2015/79.

38 Deze commissie – voluit: Adviescommissie Rechtspositie Politieke Ambtsdragers – werd in 2002 ingesteld om te adviseren over beloningsvraagstukken in de publieke en semipublieke sector.

deze lastige kwestie advies.<sup>39</sup> Zij concludeerde dat er voor de semipublieke sector geen eenduidige en objectieve definitie mogelijk is. Er bestaat wel een globaal idee of een vaag gevoel van wat tot de semipublieke sector moet worden gerekend, maar deze ideeën en gevoelens, alsmede de achterliggende redenen en opvattingen veranderen met de tijd. Volgens de commissie zat er niets anders op dan op te sommen wat men tot de semipublieke sector wil rekenen. Als (procedureel) hulpmiddel voor het keuzeproces ontwikkelde de commissie een toetsingskader bestaande uit vier criteria, beter bekend als de Dijkstalcriteria. Beoordeeld moet worden:

- a. of de organisatie de status van rechtspersoon met een wettelijke taak (RWT) heeft;
- b. in welke mate een organisatie inkomsten uit publieke middelen ontvangt;
- c. wat het publieke belang is dat een organisatie behartigt;
- d. in welke mate sprake is van (commerciële) marktwerking (als contra-indicator).

Deze criteria zijn niet als zodanig in de WNT opgenomen omdat het multi-interpretabele karakter van de criteria te veel rechtsonzekerheid zou opleveren. De wetgever heeft door middel van toetsing aan deze criteria, die in samenhang moeten worden bekeken,<sup>40</sup> gekozen welke sectoren en organisaties semipubliek zijn en deze opgenomen in bijlagen bij de WNT.<sup>41</sup> In deze bijlagen worden bepaalde organisaties bij naam genoemd (bijvoorbeeld 'Stichting Huis voor democratie en rechtsstaat te Den Haag') of wordt verwezen naar andere wettelijk regimes (zoals 'de op grond van artikel 5 Wet toelating zorginstellingen toegelaten instellingen'). Enige mate van flexibiliteit is ook ingebouwd: per algemene maatregel van bestuur kunnen de bijlagen worden gewijzigd.<sup>42</sup> Het resultaat is een bonte verzameling van woningcorporaties, energienetbeheerders, zorginstellingen, zorgverzekeraars, scholen, onderwijskoepels, publieke omroepen, drinkwaterbedrijven, cultuurfondsen en meer.

De semipublieke sector is echter nog breder dan deze verzameling. Hoewel de bijlagen de basis vormen voor de omvang van de semipublieke sector, kan een organisatie die niet op de bijlage wordt genoemd nog tot de 'restcategorie' van de semipublieke sector behoren als de organisatie voldoet aan bepaalde voorwaarden. Het gaat dan om organisaties die openbaar gezag uitoefenen als kernactiviteit, die inkomsten uit subsidies ontvangen of die te maken hebben met invloed

van een publiekrechtelijke of een semipublieke organisatie op benoemingen van bestuursleden of op het beheer en beleid.<sup>43</sup> Deze 'vangnetbepalingen' in de WNT zorgen ervoor dat nog veel meer privaatrechtelijke organisaties aan de WNT moeten voldoen en deze normen niet eenvoudig zijn te ontwijken.<sup>44</sup> Om ook voor deze restcategorie enige duidelijkheid te bieden, is een online WNT-register in het leven geroepen waarop organisaties staan vermeld die *in ieder geval* onder de vangnetbepalingen vallen. Het totaalbeeld van de semipublieke sector in de WNT is zodoende een uniek en complex geheel, waarin politieke wil en een pragmatische aanpak doorschemeren.

## 4. De afbakeningscriteria vergeleken

### 4.1 De WNT als casus

Welke relevante inzichten voor het bestuursrecht levert de WNT nu op? Om daartoe te komen, behandel ik eerst de criteria die de WNT gebruikt om een organisatie het stempel 'semipubliek' te geven: bekostiging met publieke middelen, het uitoefenen van openbaar gezag, het behartigen van een publiek belang en overheidsinvloed op het beheer en beleid van de privaatrechtelijke organisatie. Dit zijn criteria die te herkennen zijn uit het debat over de reikwijdte van het b-bestuursorgaanbegrip en de jurisprudentie van vóór 17 september 2014.<sup>45</sup> Welke invulling krijgen deze criteria bij de WNT en hoe verhoudt die invulling zich tot de ontwikkeling van het b-bestuursorgaanbegrip? Ik wil hierbij alvast opmerken dat sommige verschillen natuurlijk goed te verklaren zijn vanuit de verschillende context en functie van de twee wetten. In paragraaf 5 zal ik daarop ingaan. In deze paragraaf gaat het vooral om het in kaart brengen van de verschillen: ik begin bij het voor de WNT belangrijkste criterium van de 'publieke middelen' (4.2), gevolgd door het criterium dat voor de Awb het belangrijkste is, namelijk het 'openbaar gezag', (4.3) en de criteria van 'de publieke taak' en 'overheidsinvloed' (4.4). In de laatste paragraaf zoom ik uit naar het totaalbeeld van de vergelijking en benoem ik de belangrijkste verschillen (4.5).

### 4.2 Publieke middelen

Het ontvangen van publieke middelen is binnen WNT-verband de belangrijkste reden om een privaatrechtelijke organisatie als semipubliek te bestempelen.<sup>46</sup> Hoewel de daaropvolgende normering ver gaat en ook de topinkomens normeert die uit een privaat potje worden betaald, is het niet zo vreemd dat onder het principe 'voor wat, hoort wat' eisen worden gesteld aan de besteding van publieke middelen. Het is uiteindelijk een publieke aangelegenheid

39 De bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07, 28479*, 32 (Advies 'normeren en waarderen').

40 De criteria van de publieke middelen en het publiek belang zijn bijvoorbeeld geen zelfstandige criteria, *Kamerstukken II 2010/11, 32600*, 4, p. 11-12. Ook als niet aan alle criteria is voldaan kan er dus sprake zijn van een WNT-instelling, zie *Kamerstukken II 2010/11, 32600*, 3, p. 5.

41 *Kamerstukken II 2010/11, 32600*, 3, p. 10. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in regimes: bijlage 1 en 2 zijn voor het eerste regime, bijlage 3 voor het tweede regime en bijlage 4 voor het derde regime. Zie ook artikelen 1.3 tot 1.5 WNT.

42 Zie het tweede lid bij artikelen 1.3, 1.4 en 1.5 WNT.

43 Artikelen 1.3, eerste lid, sub a tot c WNT.

44 In het WNT-register worden meer dan 1.000 instellingen genoemd die onder een van de vangnetbepalingen vallen (zie topinkomens.nl, bijgewerkt tot 15 maart 2018).

45 Zie bijvoorbeeld G. Overkleef-Verburg, 'Stichting Silicose', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 368, 376-382.

46 Zo vindt ook de afdeling advisering van de RvS, *Kamerstukken II 2010/11, 32600*, 4, p. 4.



en een publiek risico wat er met deze middelen gebeurt.<sup>47</sup> Op verschillende plaatsen in de WNT is publieke financiering daarom als een criterium gesteld om een organisatie of deelsector de semipublieke sector in te trekken: in de Dijkstalcriteria zelf<sup>48</sup> en in de vangnetbepaling voor gesubsidieerde organisaties.<sup>49</sup> In tegenstelling tot de specifieke vangnetbepaling voor gesubsidieerde instellingen, kan het Dijkstalcriterium van publieke financiering bestaan uit verschillende financieringsvormen (heffingen, subsidies, leningen en garanties) en is niet gespecificeerd in welke mate sprake moet zijn van publieke financiering.<sup>50</sup> Het lijkt dus een ruim criterium, waaraan invulling wordt gegeven in de bijlagen. Het kabinet zelf zag daarin geen gevaar, aangezien de samenhang met de andere Dijkstalcriteria ervoor zou zorgen dat bepaalde sectoren en organisaties, zoals commerciële bedrijven die innovatiesubsidies ontvangen, buiten het bereik van de semipublieke sector zouden worden gehouden.<sup>51</sup>

Hoewel het ontvangen van publiek geld dus een belangrijke indicatie is om tot de semipublieke sector te worden gerekend, is dat niet in alle gevallen doorslaggevend. Verschillende organisaties vallen buiten de semipublieke sector, hoewel zij toch omvangrijke sommen publiek geld ontvangen c.q. beheren. Staatsdeelnemingen en overheidsbedrijven zijn daarvan een voorbeeld: hoewel daar publieke middelen betrokken kunnen zijn (aandelen), zijn zij uitgezonderd van de semipublieke sector in de WNT op basis van de gedachte dat door de privaatrechtelijke bevoegdheden van een aandeelhouder het bezoldigingsbeleid kan worden beïnvloed.<sup>52</sup> Ook (lokale) organisaties die aanzienlijke sommen publiek geld ontvangen, maar niet aan de voorwaarden uit de vangnetbepaling voor gesubsidieerde organisaties voldoen en ook niet in het vizier zijn om in de bijlagen te worden gezet, kunnen toch aan het WNT-regime ontkomen. Bovendien is publiek geld niet een noodzakelijke voorwaarde om tot de semipublieke sector te behoren. Zo zijn energienetbeheerders semipubliek, hoewel zij niet direct publieke middelen ontvangen.<sup>53</sup> Het ontvangen van publieke middelen is dus de belangrijkste, maar niet een noodzakelijke afbakening van de semipublieke sector.

Hoe anders is de rol van dit criterium bij het b-bestuursorgaanbegrip. Waar het ontvangen van publieke middelen bij de WNT de hoofdreden is om een organisatie als semipubliek aan te merken, is bij de Awb het ontvangen van publieke middelen 'slechts' een via de jurisprudentie ontwikkelde uitzondering om b-bestuursorganen af te leiden als een expliciete wettelijke grondslag voor het nemen van besluiten ontbreekt. Bovendien moet het 'ontvangen van publieke middelen' ook nog in een specifiek jasje passen. De ABRvS heeft deze criteria in 2014 gepreciseerd: de gelden of voorzieningen moeten in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derde of meer, worden gefinancierd door a-bestuursorganen (het financiële vereiste) en de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen moeten in beslissende mate worden bepaald door één of meer a-bestuursorganen (het inhoudelijke vereiste).<sup>54</sup> Pas als aan deze beide criteria is voldaan, is sprake van een b-bestuursorgaan waarop de Awb-normen van toepassing zijn. Daarbij hoeven de bestuursorganen die de gelden verstrekken niet dezelfde te zijn als de bestuursorganen die inhoudelijk sturen. Met deze eisen beperkt de Afdeling financiering en sturing door 'de overheid' alleen tot de klassieke overheidsorganen. Hoewel over deze verscherpte criteria nog het nodige is op te merken,<sup>55</sup> staan ze in ieder geval in schril contrast met de ruime aanpak van de criteria in de WNT.

Wat is het gevolg van deze verschillende aanpak voor de reikwijdte van de twee wetten? De aanname is snel gedaan dat b-bestuursorganen die vanwege hun publieke financieringsrelatie b-bestuursorgaan zijn, waarschijnlijk ook wel semipubliek zullen zijn volgens de WNT. Deze veronderstelling is niet eenvoudig te toetsen, omdat b-bestuursorganen pas bij de rechter worden geconstrueerd uit feiten. Wel kan worden gezegd dat het zeer waarschijnlijk is dat de financiële en inhoudelijke relatie die in de jurisprudentie is vereist om organisaties als b-bestuursorgaan te kwalificeren, ook voldoende argumenten bieden om de organisaties op grond van de Dijkstalcriteria 'inkomsten uit publieke middelen' en 'publiek belang' als deel van de semipublieke sector te kwalificeren.<sup>56</sup> Het is dan natuurlijk nog wel nodig dat de wetgever (of de regering) deze b-organen in het vizier heeft en daadwerkelijk op de bijlagen zet. Mocht dat niet het geval zijn, dan kunnen deze b-organen ook nog via de losse vangnetbepalingen in de wet deel uitmaken van de semipublieke sector. De reikwijdte van de WNT lijkt op dit punt dus ruimer dan de Awb.

47 Raad voor de financiële verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag: Rfv 2014, p. 19-23.

48 De mate van inkomsten uit publieke middelen is een los criterium, maar ook in de status van RWT zit opgenomen dat er sprake moet zijn van publieke financiering uit een wettelijke heffing.

49 Artikel 1.3, sub c, WNT.

50 Voor gesubsidieerde instellingen worden in artikel 1.3, sub c, WNT drie cumulatieve voorwaarden gesteld: de organisatie moet subsidies ontvangen van minstens € 500.000 per kalenderjaar (het drempelcriterium) voor ten minste drie achtereenvolgende kalenderjaren (het driejarencriterium), die gezamenlijk meer dan 50% van de opbrengsten beslaan.

51 *Kamerstukken II 2010/11*, 32600, 4, p. 11.

52 *Kamerstukken II 2010/11*, 32600, 3, p. 21; *Kamerstukken II 2008/09*, 28479, 39; *Kamerstukken II 2014/15*, 28165, 182, p. 34. Of decentrale overheden ook inderdaad deze invloed hebben en uitoefenen bij overheidsdeelnemingen wordt betwist, zie *Kamerstukken II 2016/17*, 30111, 103.

53 Energienetbeheerders zijn onder het bereik van de WNT geplaatst vanwege hun publieke taak, de bekostiging via gereguleerde tarieven en het gebrek aan concurrentie (*Kamerstukken II 2010/11*, 32600, 3, p. 17 en *Aanhangsel van de Handelingen II 2014/15*, 3194, p. 1).

54 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.3 en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, r.o. 5.1.

55 N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt', *JBplus* 2015, afl. 2, p. 75-95; J.A.F. Peters, 'De publieke-taakjurisprudentie geijkt', *NTB* 2015/23 (p. 172-181); Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 148.

56 Theoretisch gezien is denkbaar dat er sprake is van een dusdanig concurrerende (markt)omgeving dat het b-bestuursorgaan naar het oordeel van de wetgever of de regering niet in de semipublieke sector thuishoort.

#### 4.3 Openbaar gezag

Het uitoefenen van bij of krachtens wet toegekend openbaar gezag is het belangrijkste criterium om het b-bestuursorgaan af te bakenen.<sup>57</sup> Deze omstandigheid is ook relevant bij de afbakening van de semipublieke sector in de WNT, hoewel het als criterium geen deel uitmaakt van de Dijkstal-criteria. Openbaar gezag wordt als criterium genoemd in een losse vangnetbepaling in de WNT, die speciaal is opgenomen om zelfstandige bestuursorganen met een privaatrechtelijke grondslag een semipublieke status te geven.<sup>58</sup> Volgens de commissie Dijkstal zijn deze privaatrechtelijke ZBO's te beschouwen als overheid zodra zij als bestuursorgaan optreden. Daarom moeten zij aan de publieke topinkomensnormen voldoen.<sup>59</sup> Niet de private vorm, maar de publiekrechtelijke bevoegdheden die de organisatie uitoefent, moeten de doorslag geven. Een belangrijke voorwaarde is echter dat het moet gaan om organisaties die zich fulltime bezighouden met de publieke taakuitoefening, zoals De Nederlandsche Bank.<sup>60</sup> Voor publieke taakuitoefening op incidentele basis is de WNT-normering buitenproportioneel.<sup>61</sup> In navolging hiervan heeft de wetgever in de WNT-bepaling opgenomen dat openbare gezagsuitoefening de kernactiviteit van de organisatie moet zijn. Wat deze term precies om het lijf heeft, is onduidelijk en zal steeds naar omstandigheden moeten worden ingevuld.

Door de toevoeging van de term 'kernactiviteit' lijkt het criterium van openbare gezagsuitoefening bij de WNT smaller dan bij de Awb. Het welbekende voorbeeld van de garagehouder die soms als Apk-keurder optreedt, is b-bestuursorgaan wanneer hij keuringen uitvoert, maar zal niet onder de vangnetbepaling voor privaatrechtelijke ZBO's vallen. De garagehouder oefent immers alleen parttime openbaar gezag uit. De wetgever noemt de Apk-keurder dan ook expliciet als voorbeeld waarbij de publieke taak, gelet op de overige activiteiten, van onvoldoende gewicht is om de garagehouder tot de semipublieke sector te rekenen.<sup>62</sup>

Duidelijk wordt dat de WNT in ieder geval gedeeltelijk dezelfde privaatrechtelijke organisaties normeert als de Awb op basis van het criterium 'openbaar gezag'. De WNT-wetgever heeft deze overlap niet geëxpliciteerd. Het begrip

'bestuursorgaan' wordt in de WNT niet gebruikt als begrip om de semipublieke (of publieke) sector af te bakenen. Wellicht volstaat het bestuursorgaanbegrip niet: het begrip is te breed, omdat het begrip ook niet-rechtspersonen en parttime ZBO's kan omvatten, of te smal, omdat alleen *bestuursorganen* eronder vallen. Het is bepaald jammer dat er geen aandacht is geweest voor het verband met het bestuursorgaanbegrip, terwijl het bestuursorgaanbegrip juist in het leven is geroepen om het (algemeen) bestuursrecht te harmoniseren en systematiseren.<sup>63</sup> Voor het bestuursrecht zou het waardevol zijn geweest als het verband tussen een wet met zo'n brede reikwijdte en de Awb was geëxpliciteerd.

#### 4.4 De publieke taak en (overwegende) overheidsinvloed

Vervolgens zijn er nog twee criteria die in de afbakening van het b-bestuursorgaanbegrip vrijwel geen rol (meer) mogen spelen: de publieke taak en (overwegende) overheidsinvloed op beheer en beleid. Deze criteria krijgen in de WNT wél een rol toebedeeld.

##### 4.4.1 De publieke taak

Hoewel de precieze inhoud van het publieke taakcriterium in de jurisprudentie in Awb-verband nooit helder is geworden, kan wel worden gezegd dat het ziet op taken die de overheid zich heeft aangetrokken.<sup>64</sup> De vaagheid van dit criterium is een van de redenen dat het als zelfstandig criterium binnen de publieke taakjurisprudentie sterk is bekritiseerd. Het publieke taakcriterium zou inhoudelijk geen betekenis hebben en slechts een kapstok zijn om privaatrechtelijke doorgeefluiken van publiek geld aan op te hangen.<sup>65</sup> In de jurisprudentie is ondertussen bevestigd dat het criterium van de publieke taak geen zelfstandige betekenis (meer) toekomt, omdat het oordeel over dit criterium voortvloeit uit het oordeel over de andere twee criteria.<sup>66</sup> De rechter zal dus zijn toetsing moeten baseren op de inhoudelijke en financiële relatie tussen de privaatrechtelijke organisatie en (a-)bestuursorganen.

In de context van de WNT is één van de Dijkstalcriteria 'het publieke belang dat de organisatie behartigt'. De commissie Dijkstal zag dat er geen algemene definitie van 'het publiek belang' voor handen is.<sup>67</sup> Het begrip is te veelomvattend en niet eenduidig. Toch biedt het volgens de commissie wel een inhoudelijk criterium om de semipublieke sector af te bakenen. Het criterium is daarentegen niet geschikt om als zelfstandig criterium een rol te spelen, alleen in samenhang met de andere criteria.<sup>68</sup> Het is aan de regering om bij wij-

57 Concl. Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 2.2.

58 Artikel 1.3, eerste lid, sub a WNT: "andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt."

59 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28479, 28 (Advies 'Beloning topfunctionarissen privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen').

60 Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 40.

61 Als argumenten droeg de commissie-Dijkstal aan dat er geen of slechts gering een verband is tussen de bezoldiging en het (incidenteel) optreden als bestuursorgaan; dat de wetgever vaak al bepaalt welke tarieven voor de werkzaamheden als bestuursorgaan mogen gelden; dat er concurrentie is tussen verschillende bedrijven die de werkzaamheden mogen uitvoeren; dat een dergelijke bemoeienis afschrikkend zal werken voor het willen verrichten van de werkzaamheden, zie bijlage bij *Kamerstukken II* 2003/04, 28479, 28, p. 10-11 (Advies 'Beloning topfunctionarissen privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen').

62 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 8, p. 11.

63 Dat gebeurt helaas vaker, Jak 2014, p. 378-383.

64 Concl. Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 3.19.

65 J.A.F. Peters, 'De ledigheid van de publieke taak', AA 2017, p. 104-112.

66 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.2; concl. Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 4.8.

67 De bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 28479, 32, p. 12-13 (Advies 'normeren en waarderen').

68 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 4, p. 8-12.

ziging van de bijlagen per amvb het publieke belang dat een organisatie behartigt te wegen.<sup>69</sup>

In beide wetten mag de publieke taak of het publieke belang dus geen zelfstandige rol spelen, met als belangrijke nuance dat de *de regering* het publieke belang wél expliciet mag wegen in het kader van de WNT maar dat *de rechter* zich in het kader van de Awb moet beperken tot de relatie die uit een wettelijk voorschrift of uit bepaalde specifieke relaties blijkt.

#### 4.4.2 Overheidsinvloed

Een opmerkelijker verschil toont zich bij de vergelijking of overheidsinvloed op beheer en beleid een rol mag spelen. Opvallend is dat bij afbakening van het b-bestuursorgaan-begrip dit deel van de werkelijkheid in het geheel geen relevante omstandigheid is, behalve als het gaat om het ambtenarenrecht.<sup>70</sup> Bij de semipublieke sector in de WNT is het wél een relevante omstandigheid. Sterker nog, het is een voldoende omstandigheid om een privaatrechtelijke organisatie die te maken heeft met een dergelijke relatie *automatisch* de semipublieke sector in te trekken. Dit betekent dat als een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon een of meer bestuursleden benoemt of op andere wijze invloed (van betekenis) uitoefent op het beheer en beleid van een privaatrechtelijke organisatie, dit voldoende is om de privaatrechtelijke organisatie de WNT-normering op te leggen.<sup>71</sup> Daarnaast is er ook nog een iets milder regime voor privaatrechtelijke organisaties die te maken hebben met dergelijke invloed van een semipublieke organisatie:<sup>72</sup> deze privaatrechtelijke organisaties worden weliswaar niet automatisch semipubliek, maar *kunnen* door de wetgever of regering aan de bijlagen worden toegevoegd.<sup>73</sup> Automatisch of niet, deze mogelijkheden breiden de semipublieke sector aanzienlijk uit. Dat was ook de bedoeling. De WNT-wetgever heeft hier bewust voor gekozen vanuit de gedachte dat ontwijkingsconstructies moeten worden voorkomen.<sup>74</sup>

Het voorgaande verdient nuance. De rol van het criterium bij de WNT is op een belangrijk punt beperkt: de staatsdeelnemingen en overheidsbedrijven zijn bij dit criterium onder de WNT namelijk uitgezonderd.<sup>75</sup> Deze bedrijven behoren dus *niet* tot semipublieke sector van de WNT, tenzij ze via een andere weg nog semipubliek zijn. Zoals al eerder vermeld, is deze keuze gemaakt vanuit de gedachte dat een

overheid door middel van de privaatrechtelijke bevoegdheden van een aandeelhouder het bezoldigingsbeleid kan bepalen en normering van topinkomens kan afdwingen.<sup>76</sup> Bovendien moet bij deze bedrijven rekening kunnen worden gehouden met de afstand tot de overheid, de concurrerende omgeving, de organisatiestructuur en de diverse aard van de bedrijven.<sup>77</sup> Op Rijksniveau is het beleid daarom dat bij deze bedrijven voor de hoogte van de beloning moet worden gekeken naar zowel de private als de publieke sector.<sup>78</sup> Naarmate het bedrijf publieker is, moet de beloning van de bestuurder meer zijn afgestemd op genormeerde beloningen in de (semi)publieke sector. Hoewel de WNT dus wel indirect normerend is voor deze bedrijven, kan worden gezegd dat de speciale behandeling van staatsdeelnemingen en overheidsbedrijven een inconsequent element is in de afbakening van de semipublieke sector in de WNT. Daarnaast heeft deze uitzondering tot gevolg dat de rechtsvorm relevant wordt voor de normering die geldt.<sup>79</sup> Het kan dus om de topinkomensnormering te ontwijken aantrekkelijk zijn publieke taken bij een N.V. of B.V. neer te leggen, in plaats van bij een stichting of vereniging.

Zo wordt duidelijk dat een criterium dat vrijwel geen waarde krijgt toegekend bij de afbakening van het b-bestuursorgaanbegrip, bij de afbakening van de semipublieke sector in de WNT zelfs van doorslaggevende betekenis kan zijn.

#### 4.5 Overzicht

Welk beeld levert deze vergelijking nu op? Vier categorieën van privaatrechtelijke organisaties zijn te onderscheiden. De eerste categorie bestaat uit privaatrechtelijke organisaties die buiten de boot vallen, waarmee ik bedoel dat zij geen bestuursorganen zijn en geen deel uitmaken van de semipublieke sector in de WNT. De tweede categorie bestaat uit privaatrechtelijke organisaties die wel bestuursorgaan zijn, maar niet semipubliek onder de WNT. In deze categorie valt de garagehouder die bestuursorgaan is als hij als Apkeurder optreedt. De privaatrechtelijke organisaties uit de derde categorie kwalificeren niet als bestuursorgaan, maar zijn wel voldoende semipubliek om tot de semipublieke sector te worden gerekend. De privaatrechtelijke organisaties in de laatste categorie hebben het meest duidelijk een publiek karakter, omdat zij bestuursorganen zijn die ook onder de WNT vallen.

69 Uiteraard heeft ook de formele wetgever de mogelijkheid om de bijlagen te wijzigen en daarbij het publieke belang te wegen.

70 Zie hierover concl. Staatsraad A-G Widdershoven 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260, r.o. 3.10.

71 Artikel 1.3, eerste lid, sub b, WNT en artikel 3 Beleidsregels WNT 2018.

72 Let wel: het gaat in deze bepaling alleen om semipublieke organisaties die *via de bijlagen van de WNT* semipubliek zijn en niet over semipublieke organisaties die *via vangnetbepalingen* semipubliek zijn.

73 Zie artikel 1.1, sub m, WNT jo. artikel 1.3, tweede lid, sub b en artikel 1.4, tweede lid, sub b WNT.

74 Juist voor dit criterium zijn ingrijpende voorstellen tot uitbreidingen gedaan, die tot nu toe – door kritiek van de afdeling advisering RvS – niet zijn vervolgd. Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34654, 4, p. 2-4.

75 Artikelen 1.3, eerste lid, sub b en 1.1, sub m WNT jo. artikel 1.3, tweede lid, sub b en artikel 1.4, tweede lid, sub b WNT.

76 *Kamerstukken II 2010/11*, 32600, 3, p. 21; *Kamerstukken II 2008/09*, 28479, 39; *Kamerstukken II 2014/15*, 28165, 182, p. 34.

77 Bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 28165, 165.

78 Bijlage bij *Kamerstukken II 2014/15*, 28165, 180, p. 15 (Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2013).

79 Zo houden de Vereniging Afvalsamenwerking Limburg en het afval-, grondstoffen- en energiebedrijf HVC N.V., waarvan 46 gemeenten en 6 waterschappen aandeelhouder zijn, zich beiden bezig met afvalverwerking. Vanwege de verschillende rechtsvorm valt de eerste wél onder de WNT, de tweede niet. Zie over HVC N.V. de Kamervragen in *Aanhangsel van de Handelingen II 2015/16*, 2703.

Schematisch ziet dat er als volgt uit:

WNT \ Awb	Geen bestuursorgaan	Wel bestuursorgaan
<b>Geen deel van de semipublieke sector</b>	“puur” privaatrechtelijke organisaties	bestuursorganen die niet onder de WNT vallen
<b>Wel deel van de semipublieke sector</b>	privaatrechtelijke organisaties die onder de WNT vallen	bestuursorganen die onder de WNT vallen

Het gaat mij vooral om rechtvaardiging voor de tweede en derde categorie, want daar lopen de reikwijdtes van de semipublieke sector in de WNT en het b-bestuursorgaanbegrip uiteen.<sup>80</sup> Deze twee categorieën zijn het resultaat van de hiervoor besproken verschillen in de set afbakeningscriteria en de invulling daarvan bij beide wetten. Daarvan zijn de belangrijkste verschillen de volgende:

- Het ontvangen van publieke middelen leidt ertoe dat een privaatrechtelijke organisatie veel sneller aan de topinkomensnormering is gebonden dan aan de Awb-normen, zowel wat betreft de financieringsvorm, als de mate waarin sprake moet zijn van publieke financiering.
- De uitoefening van openbaar gezag op basis van een wettelijke bevoegdheid leidt daarentegen ertoe dat een privaatrechtelijke organisatie minder snel aan de topinkomensnormering is gebonden dan aan de Awb-normen.
- De publieke taak is een criterium dat geen zelfstandige rol mag spelen bij het afbakenen van de semipublieke sector dan wel het b-bestuursorgaanbegrip. De regering mag bij de WNT wél expliciet het publiek belang benoemen en wegen, de rechter bij de Awb niet. Hij moet zich beperken tot het beoordelen van de financiële en inhoudelijke relaties van privaatrechtelijke organisaties met a-organen.
- Invloed van een overheid of semipublieke organisatie op de organisatie is in de WNT in bepaalde gevallen van doorslaggevend belang om een privaatrechtelijke organisatie aan topinkomensnormering te binden, terwijl deze omstandigheid bij het b-bestuursorgaanbegrip, buiten het ambtenarenrecht, geen relevante omstandigheid is.

In de volgende paragraaf ga ik na in hoeverre deze verschillen gerechtvaardigd kunnen worden door de context en functie van de twee wetten. Om alvast een tip van de sluier te lichten: vooral het resultaat in de derde categorie kan volgens mijn analyse niet volledig worden gerechtvaardigd vanuit de context en functie van de twee wetten. Het is hoofdzakelijk deze categorie van WNT-plichtige niet-be-

stuursorganen die is verbreed door de al eerder besproken tegenovergestelde bewegingen. Enerzijds worden privaatrechtelijke organisaties door de WNT-wetgever vanuit de private sector de semipublieke sector ‘in getrokken’, waardoor deze organisaties in de derde categorie terechtkomen. Zoals uit 3.2 bleek, heeft de wetgever een complex systeem met een mengmoes aan criteria zoals openbaar gezag, publiek geld, overheidsinvloed en de publieke taak gebruikt om ervoor te zorgen dat organisaties niet aan de topinkomensnormering kunnen ontkomen. Anderzijds worden bij de Awb bestuursorganen ‘eruit geduwd’, ook al dachten deze organisaties soms zelf dat zij bestuursorgaan waren en hebben ze in hoge mate een publiek karakter. Deze organisaties komen veelal ook in de derde categorie terecht.

Of dit laatste punt inderdaad het geval is, is niet eenvoudig op grote schaal te onderzoeken. Wel kan ter illustratie onderzocht worden of de privaatrechtelijke organisaties waarvan in recente jurisprudentie bleek dat zij (net) buiten het b-bestuursorgaanbegrip vallen, wél onder de WNT vallen.<sup>81</sup> Bijvoorbeeld Stichting Schipholregio bleek geen bestuursorgaan te zijn. De stichting voldeed niet aan het financiële vereiste, omdat uit de indeling van de financiële stromen op papier niet bleek dat er sprake was van twee derde deel financiering door a-organen.<sup>82</sup> Aan het inhoudelijke vereiste was ook niet voldaan, omdat er ‘slechts’ sprake was van overheidsinvloed op de benoeming van bestuursleden en leden van de Raad van toezicht.<sup>83</sup> Dit laatste punt is echter juist de reden dat de stichting wél semipubliek is volgens de WNT.<sup>84</sup> Ook Stichting Platform 31 bleek geen b-bestuursorgaan te zijn, omdat niet een a-orgaan maar de stichting zélf de beslissingscriteria officieel vaststelt. Dat de stichting wel volledig gefinancierd wordt door de Rijksoverheid, deed daar niets aan af.<sup>85</sup> Ook Stichting Platform 31 is semipubliek, want de stichting is te vinden in de bijlagen bij de WNT: de (volledige) financieringsrelatie is waarschijnlijk de reden geweest de semipublieke status toe te kennen.<sup>86</sup> Zo zijn er meer stichtingen die (net) geen b-bestuursorgaan zijn die wél semipubliek zijn: Stichting Impuls Nieuw-West<sup>87</sup> valt waarschijnlijk onder de vangnetbepaling voor gesubsidieerde instellingen aangezien de omvang aan subsidies over enige tijd rondom het percentage van 50% van de inkomsten

<sup>80</sup> Dat neemt overigens niet weg dat voor de twee categorieën waar de reikwijdtes overlappen net zo goed rechtvaardiging moet bestaan.

<sup>81</sup> Zie uitgebreid: Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 143-147.

<sup>82</sup> ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.3. Hierbij zij opgemerkt dat het totaal van de middelen van de Stichting wél voor twee derden afkomstig was van a-organen en nog valt te betwijfelen hoe ‘privaat’ het geld is dat van Schiphol N.V. afkomstig is, aangezien Schiphol N.V. voor 90% in handen van de Nederlandse overheid is. Zie ook Den Ouden & Van Amerongen 2017, p. 144.

<sup>83</sup> ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, r.o. 5.3.

<sup>84</sup> De stichting valt vanwege deze overheidsinvloed onder de vangnetbepaling in artikel 1.3, sub b WNT. Zie het WNT-register op topinkomens.nl.

<sup>85</sup> ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, r.o. 5.4.

<sup>86</sup> Zie bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, sub d WNT.

<sup>87</sup> Het inhoudelijke vereiste was hier het probleem: de beslissingscriteria werden niet door een a-orgaan bepaald, enkel het kader waarbinnen de beslissingscriteria nog door een ander moesten worden vastgesteld (ABRvS 13 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1548 (*Stichting Impuls*), AB 2015/308, m.nt. W. den Ouden).



beweegt<sup>88</sup> en Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen<sup>89</sup> krijgt een semipublieke status door een expliciete verwijzing in de bijlagen bij de WNT.<sup>90</sup> Hieruit blijkt dat de WNT-wetgever in al deze gevallen een reden heeft om deze organisaties als semipubliek te bestempelen, waardoor ze in de derde categorie terechtkomen.

## 5. Verschil dat er mag zijn

### 5.1 Zoeken naar rechtvaardiging

Zoals eerder opgemerkt is met de vergelijking tussen de Awb en de WNT lang niet het laatste woord gezegd. Rechts-eenheid binnen het bestuursrecht is een middel tot een doel, geen waarde op zichzelf.<sup>91</sup> Het is goed denkbaar dat gemaakte keuzes en geconstateerde verschillen kunnen worden gerechtvaardigd. In deze paragraaf ga ik op zoek naar de rechtvaardiging voor de afbakening van de WNT te bezien in het licht haar functie en context.<sup>92</sup> In 5.2 ga ik in op de context en functie van de afbakening van de semipublieke sector in de WNT. In 5.3 volgt de vergelijking met de Awb.

### 5.2 WNT: Functie en context

Met welk oogmerk werd de reikwijdte van de semipublieke sector in de WNT vastgesteld? Uit de parlementaire geschiedenis bij WNT-1 en de Wopt<sup>93</sup> zijn vrij vertaald twee doelen af te leiden:

- Om middels een democratisch gelegitimeerd instrument topinkomensnormering op te leggen aan de privaatrechtelijke organisaties uit de (semi)publieke sector (*normering*).
- Om deze privaatrechtelijke organisaties via publicatieverplichtingen verantwoording te laten afleggen aan de samenleving voor de besteding van publieke middelen, of in ieder geval voor beloningsafspraken boven een bepaalde grens (*verantwoording*).

Kort gezegd biedt de WNT dus waarborgen tegen een buitenproportionele besteding van publieke middelen. In 3.1 ben ik al ingegaan op de context van de WNT. De politieke en maatschappelijke wil om topinkomens aan banden te leggen is sterk. Het afgeven van een daadkrachtig signaal is ook de reden dat gekozen is voor een uniform stelsel via het bestuursrecht in plaats van sectorspecifieke maatregelen of dwingend privaatrecht. Volgens het toenmalige kabinet is een uniform stelsel praktisch en slagvaardig, geldt zo'n

stelsel preventief voor sectoren waar topinkomens nog niet problematisch waren en draagt het bij aan de onderlinge vergelijkbaarheid.<sup>94</sup>

Op welke punten rechtvaardigen deze functie en context de gekozen reikwijdte van de WNT wat betreft private organisaties en de daarvoor te gebruiken criteria? Dat financiering uit publieke middelen een belangrijk criterium is om af te bakenen welke privaatrechtelijke organisaties semipubliek zijn onder de WNT, ligt in lijn met het doel om te verantwoorden dat publieke middelen doelmatig worden besteed. Ten tweede is het logisch verklaarbaar dat het ingrijpende WNT-systeem alleen geldt voor privaatrechtelijke organisaties met openbare gezagsuitoefening als kernactiviteit. De WNT-normering kent immers een alles-of-niets-principe: het is niet mogelijk om alleen tijdens de uitoefening van openbaar gezag gebonden te zijn aan de topinkomensnormering. Ten derde is begrijpelijk dat veel waarde is gehecht aan het creëren van rechtszekerheid door sectoren en organisaties na toetsing aan de Dijkstalcriteria in de bijlagen van de WNT op te nemen. Het is immers ingrijpende normering met beperkingen voor privaatrechtelijke organisaties en grote verantwoordelijkheden voor de toezichthoudende en handhavende ministers. Voor al die partijen is rechtszekerheid van groot belang. Het is daarbij begrijpelijk dat de democratisch gelegitimeerde formele wetgever in eerste instantie mag bepalen welke privaatrechtelijke organisaties op de bijlage terechtkomen: dat is in hoge mate een politieke kwestie.<sup>95</sup> Tot slot is het ook te verklaren dat de reikwijdte van de WNT in veel opzichten breder is dan de Awb. De WNT is een ingrijpende maatregel, maar de normering heeft alleen betrekking op een specifiek onderdeel van de organisatie: de belonings- en ontslagvergoedingsafspraken. Het is eenvoudiger om bij een dergelijke *one issue* maatregel, waaraan in maatschappij en politiek bovendien groot belang wordt gehecht, een brede reikwijdte te kiezen en de gevolgen daarvan te overzien, dan bij een systeemwet die het handelen van de organisatie op veel meer onderdelen raakt, zoals bij de Awb het geval is.

### 5.3 In vergelijking met de Awb

Hoewel over de functie en context van het bestuursorgaanbegrip van de Awb veel te zeggen is, zal ik kort zijn, mede omdat hierover al veel is geschreven.<sup>96</sup> Zoals gezegd heeft het b-bestuursorgaanbegrip als functie af te bakenen welke privaatrechtelijke organisaties aan de Awb-normen zijn gebonden en tegen welke organisaties rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. De wetgever heeft ervoor gekozen om bij het b-bestuursorgaanbegrip centraal te stellen wat de organisatie doet, namelijk of de organisatie openbaar gezag uitoefent. Op deze manier biedt de Awb waarborgen tegen uitoefening van macht in de vorm van

88 Op [impulskinderopvang.nl](http://impulskinderopvang.nl) zijn jaarverslagen tot aan 2014 te zien, waaruit blijkt dat de inkomsten van de Stichting voor 61 % (in 2014), 54% (in 2013) en 46% (in 2012) uit subsidies bestaan.

89 De stichting voldeed niet aan het financiële vereiste. ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568 (*Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen*), r.o. 1.4 en 1.5.

90 Zie onder bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, sub d WNT.

91 M.J.C. Stip & S.E. Zijlstra, 'Rechts-eenheid: concepten, motieven, actoren en instrumenten', *RegelMaat* 2015 (30), afl. 6, p. 406-421; M.W. Scheltema, 'Rechts-eenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?', *NJB* 2015/814.

92 Jurgens & Van Ommeren 2012; Van Ommeren 2014, p. 248-252; Jak 2014, p. 372-378.

93 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 3, p. 6-7 en *Kamerstukken II* 2004/05, 30189, 3, p. 2-3.

94 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, 4, p. 9.

95 Hoewel hier vanuit de civiele hoek wellicht anders over wordt gedacht, aangezien de wet diep ingrijpt op de partijautonomie, zie Grapperhaus 2015.

96 O.a. Van Ommeren 2014, p. 248-252; Jak 2014, p. 55-108.

openbaar gezag.<sup>97</sup> Deze focus op het handelen heeft tot gevolg dat het b-bestuursorgaanbegrip dynamisch is. Een privaatrechtelijke organisatie is dus alleen b-bestuursorgaan voor zover zij openbaar gezag uitoefent en alleen dán zijn de Awb-normen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing.

Ook heeft het bestuursorgaanbegrip als functie bij te dragen aan de harmonisatie en systematisering van het bestuursrecht, omdat het begrip ook buiten de Awb een uniforme betekenis en dus 'reflexwerking' heeft.<sup>98</sup> Juist door te kiezen voor een uniform, consistent stelsel kan een grote bijdrage worden geleverd aan die harmonisatie en systematisering van het bestuursrecht. Voor de rechtspraak is het daarom wenselijk een goed hanteerbaar concept te gebruiken om deze ingrijpende systeemwet af te bakenen. Een publiekrechtelijke bevoegdheid die uit een wettelijk voorschrift kan worden afgeleid is een redelijk goed hanteerbare en formele invulling van het criterium 'openbaar gezag'.<sup>99</sup> De duidelijkheid die dit oplevert, heeft echter als keerzijde dat het eenvoudig te manipuleren is.<sup>100</sup> Het is vanuit die gedachte begrijpelijk dat de rechter met een materiële aanvulling is gekomen in het geval er uit de feiten blijkt dat er sprake is van de uitoefening van openbaar gezag door een bestuursorgaan, maar een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt.<sup>101</sup> Deze strategische aanvulling dient de doelen die met het bestuursorgaanbegrip moeten worden gediend, zowel wat betreft de toegang tot de bestuursrechter als de normen die van toepassing zouden moeten zijn. Met deze materiële aanvulling neemt alleen de rechtsonzekerheid voor de rechtspraak toe.

De laatste stand van zaken is dat in de jurisprudentie is geprobeerd deze rechtsonzekerheid weer wat in te dammen door het (buitenwettelijke) bestuursorgaanbegrip meer formeel te kleuren en daarmee aan te scherpen. Hoewel nog maar de vraag is of de aanscherping wel de gewenste duidelijkheid brengt,<sup>102</sup> staat vast dat het eenvoudiger is geworden om de status van bestuursorgaan te ontwijken. Dat past echter niet bij de achterliggende doelstelling van de Awb om waarborgen te bieden tegen uitoefening van macht in de vorm van openbaar gezag.

## 6. Conclusie: de WNT als leerzame casus voor het bestuursrecht

Wie de totstandkoming en de verdere ontwikkeling van de WNT heeft gevolgd, weet dat de wet in veel opzichten geen schoonheidsprijs verdient. Desalniettemin is de WNT leerzaam voor het algemeen bestuursrecht: de wet biedt relevante inzichten voor het debat over de reikwijdte van bestuursrechtelijke normen en in het bijzonder het bestuursorgaanbegrip.

### 6.1 Een meer materiële toets

Ten eerste is het bij de afbakening van de WNT mogelijk gebleken de materiële kant van privaatrechtelijke organisaties voorop te zetten in plaats van de formele kant. De wetgever heeft bij de WNT erkend dat om recht te doen aan de complexe werkelijkheid het niet mogelijk is om een eenduidige en objectieve definitie van de semipublieke sector te geven. Uiteindelijk komt het dus neer op de materiële afweging van de wetgever of regering aan de hand van zeer ruime criteria. Als een organisatie niet op een bijlage staat, betekent het bovendien nog niet direct dat deze organisatie 'buiten schot blijft'. Via de vangnetbepalingen in de wet worden nog eens ruim 1.000 organisaties de semipublieke sector binnengehaald.<sup>103</sup> Tegelijkertijd is er ook aandacht voor de rechtszekerheid. Door te werken met bijlagen en een online WNT-register is geprobeerd om de rechtsonzekerheid van deze materiële toets te verminderen.

Het eerste inzicht dat de WNT dan ook geeft, is om in het algemeen bestuursrecht oog te blijven houden voor de rechtvaardigheid van het resultaat. Bij het bestuursorgaanbegrip worden de afbakeningscriteria sterk 'formeel' gekleurd door de wetgever en de rechter. Deze formele kleuring heeft een duidelijker afgebakend systeem tot gevolg, maar geeft de bestuursrechter minder ruimte om voorop te zetten voor welke privaatrechtelijke organisaties hij vanuit de Awb-ratio normering logisch acht. Doet deze formele aanpak recht aan de complexe werkelijkheid? Zoals Den Ouden en ik eerder schreven, is dat volgens ons niet het geval en is een meer materiële benadering nodig.<sup>104</sup> Zover als bij de WNT hoeft het wat mij betreft zeker niet te gaan, maar de extreme aanpak bij de WNT stimuleert wel om de teugels op andere terreinen iets meer te laten vieren.

Natuurlijk maakt het uit wie deze materiële toets hanteert. Is dat de wetgever of regering aan de voorkant of komt dit regelmatig aan op rechterlijke toetsing achteraf? Gezien de rechtsstatelijke rol van de rechter is het in het laatste geval begrijpelijk dat de rechter meer terughoudend is om via een materiële toets de reikwijdte van normering uit te breiden. Toch biedt de WNT ook hier inspiratie voor de Awb. De aanpak van de WNT stimuleert de wetgever om ook in Awb-verband vooraf actief af te bakenen welke privaatrechtelijke organisaties dusdanig publiek zijn dat zij b-bestuursorgaan

97 M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', *NTB* 2016/53 (p. 393-399).

98 Aanwijzing voor de regelgeving 50; *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, 6, p. 5-6.

99 Hoewel ook op dit punt zich problemen voordoen, zie J.A.F. Peters, 'Het klassieke b-orgaan in de nieuwe tijd', *JBplus* 2016, afl. 3, p. 177-195.

100 R.J.B. Schutgens, *Vorm en inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2011, p. 15-17.

101 De Awb-wetgever geeft de bestuursrechter uitdrukkelijk de ruimte, *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 3, p. 28 en *Kamerstukken II* 1988/89, 21221, 5, p. 32.

102 Ouden & Van Amerongen 2017.

103 Na te tellen in het WNT-register op [topinkomens.nl](http://topinkomens.nl).

104 Den Ouden & Van Amerongen 2017.

zouden moeten zijn. Een per algemene maatregel van bestuur te wijzigen bijlage bij de Awb met bestuursorganen is vanuit dit perspectief zo een slecht idee nog niet. Alleen is een dergelijke complexe en bewerkelijke aanpak in Awb-verband wellicht niet realistisch. Waarschijnlijk blijft het afbakenen van het b-bestuursorgaanbegrip grotendeels op het bordje van de rechter liggen. Dan is de WNT een aanmoediging voor de rechter om een meer materiële invulling te gebruiken dan nu het geval is. Dit kan de bestuursrechter zijn die de reikwijdte van de Awb-normering en dus ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming uitbreidt. Ook is het mogelijk dat de civiele rechter het stokje overneemt en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur breder toepast dan alleen op bestuursorganen.<sup>105</sup> Welk van beide voorstellen de voorkeur heeft, valt buiten het bestek van dit artikel. Beide voorstellen hebben tot gevolg dat privaatrechtelijke organisaties, die volgens de ratio van de Awb bestuursrechtelijk zouden moeten worden genormeerd, minder eenvoudig deze normen kunnen omzeilen.

## 6.2 *Grenzen aan de rekbaarheid van het overheidsbegrip*

In de tweede plaats laat de vergelijking tussen de Awb en de WNT de rekbaarheid van het Nederlandse overheidsbegrip zien en inspireert het om te blijven doordenken welke omstandigheden een privaatrechtelijke organisatie dusdanig publiek maken dat bestuursrechtelijke normering op zijn plaats is, en welke niet. Het overheidsbegrip mag dan wel gedifferentieerd en niet-eenduidig zijn, maar waar ligt – aan beide kanten – de grens?

De vergelijking tussen de semipublieke sector in de WNT en het bestuursorgaanbegrip heeft hiervoor stof tot nadenken opgeleverd. Sommige verschillen tussen de twee zijn gerechtvaardigd vanuit context en functie. De belangrijkste rechtvaardiging ligt in het gegeven dat de ene wet als hoofdoriëntatie heeft te beschermen tegen machtsuitoefening in de vorm van openbaar gezag en de andere in de vorm van de besteding van publieke middelen. Voor andere verschillen is het resultaat alleen (nog) niet bevredigend en blijft het beeld staan: bij de WNT zijn privaatrechtelijke organisaties (te) snel publiek genoeg om ze bestuursrechtelijk te normeren en bij de Awb worden privaatrechtelijke organisaties niet genormeerd waarvan het onder de Awb-doelstellingen wel logisch zou zijn als ze door de Awb worden genormeerd. Voor deze verschillen is het de vraag of deze wetten niet iets meer naar elkaar toe zouden moeten bewegen.

Deze zoektocht leverde mij uiteindelijk drie specifieke vragen op die ik graag meegeef om vanuit bestuursrechtelijk perspectief verder te doordenken:

- Waarom is het verschil zó groot tussen de soepele eisen die worden gesteld aan publiek geld voor het afbakenen van de semipublieke sector en de zeer specifieke eisen

uit de jurisprudentie over het b-bestuursorgaanbegrip dat er sprake moet zijn van in beginsel twee derde deel publiek geld en een specifieke inhoudelijke invloed op de beslissingscriteria?

- Waarom mag (overwegende) overheidsinvloed als criterium bij de afbakening van de semipublieke sector voor sommige organisaties wél een relevante (en zelfs doorslaggevende) omstandigheid zijn en bij de afbakening van het b-bestuursorgaan, buiten het ambtenarenrecht, in zijn geheel niet?
- Waarom mag het “vage” criterium van de publiek taak bij aanvulling van de semipublieke sector door de regering wél expliciet gewogen worden, maar bij aanvulling van het b-bestuursorgaanbegrip door de rechter niet?

<sup>105</sup> HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830 (RZG/Conformed), AB 2003/365, m.nt. F.J. van Ommeren.